

Bronisław Dobrzański

Władza rodzicielska w projekcie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Palestra 7/4(64), 27-38

1963

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

nych celach, jak np. w celu pouczenia o zagadnieniach higieny pożycia małżeńskiego. Pouczenia te mogłyby być udzielane w formie ustnej bądź pisemnej (przez doręczenie odpowiednich druków).

7. Omówione powyżej przepisy projektu, którym nie można odmówić istotnego znaczenia, przeszły w dyskusji publicznej nie zauważone. Byłoby pożądane, by dalsza wymiana poglądów ustosunkowała się również do poruszonych w niniejszym artykule zagadnień.

BRONISŁAW DOBRZAŃSKI

Władza rodzicielska w projekcie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie — z jednoczesną próbą oceny — tych istotnych zmian w zakresie unormowania władzy rodzicielskiej, jakie zawiera projekt w stosunku do obecnego stanu prawnego. Można założyć, że ocena ta, ogólnie rzecz biorąc, musi wypaść bardzo pozytywnie. W myśl jednak zasady, że „lepsze jest wrogiem dobrego”, aktualne stają się szczególnie rozważania na temat tych — nielicznych zresztą — przepisów projektu, których ujęcie, jak mi się wydaje, może budzić pewne wątpliwości czy zastrzeżenia.

Projekt, jak wynika z zapowiedzi prasowych, stanie się już wkrótce przedmiotem decydujących obrad w Sejmie (w Sejmowej Komisji Wymiaru Sprawiedliwości), toteż zgłaszanie uwag krytycznych, choćby nawet miały się one okazać częściowo niesłuszne, wydaje się bardzo pożądane jako sposób sygnalizowania problemów, które wymagają dogłębnych rozważań i opartych na nich decyzji. inkorporowanych w przepisy możliwie jasne, niedwuznaczne i powszechnie zrozumiałe. Ten ogólny postulat legislacyjny, obowiązujący w każdej dziedzinie, jest szczególnie ważki w zakresie prawa rodzinnego, gdyż prawo to w najwyższym bodaj stopniu dotyczy wszystkich obywateli. Dlatego też na pewne wątpliwości czy uwagi krytyczne położę w artykule szczególny nacisk, mimo mego jak najbardziej pozytywnego stosunku do przeważającej większości proponowanych przepisów.

I. Istnieje problem, czy nadal powinno się używać określenia „władza rodzicielska”. Daleki od fetyszyzowania znaczenia wydzwiku określeń ustawowych, ale też daleki i od zupełnego negowania tego znaczenia — osobiście byłbym raczej za podtrzymaniem dotychczasowej i proponowanej terminologii, gdyż podkreśla ona dość mocno autorytet rodziców w stosunku do dzieci, odgrywający tak istotną rolę przy ich wychowaniu. A przecież, jak wiadomo, obserwuje się dziś częściej „manka” niż „superaty” w tej dziedzinie, przy zarysowującej się takiej samej tendencji — przynajmniej na pewien czas — na przyszłość. Niemniej jednak z lojalności sprawozdawczej muszę, w maksymalnym zresztą skrócie, przytoczyć niektóre argumenty, które mogłyby przemawiać przeciw temu stanowisku.

Przed wszystkim można by się w szczególności powołać na konstytucyjne znaczenie słowa „władza” oraz na wynikające stąd eliminowanie tego określenia w różnych dziedzinach prawa, w których go używano dawniej. Dalej — w omawianym projekcie oraz w projektach k.c. i k.p.c. zamienia się niejednokrotnie „władzę opiekuńczą” na „sąd opiekuńczy”. Wreszcie, z naszą „władzą rodzicielską” jesteśmy

dość odosobnieni wśród państw socjalistycznych. Spośród uwzględnianych w mych wywodach: Kodeksu prawa małżeńskiego, rodzinnego i opiekuńczego RSFR z dn. 19 listopada 1926 r., Prawa osobowego i rodzinnego Bułgarskiej Republiki Ludowej z dn. 9 sierpnia 1949 r., Prawa rodzinnego Rumuńskiej Republiki Ludowej z dn. 21 grudnia 1953 r., Ustawy Nr 265 o prawie rodzinnym Republiki Czesosłowackiej z dn. 7 grudnia 1949 r. oraz ustawy o małżeństwie, rodzinie i opiece Węgierskiej Republiki Ludowej z dn. 6 czerwca 1952 r.¹ — tylko prawo czechosłowackie mówi o „władzy rodzicielskiej”. Jest to zresztą zrozumiałe, skoro zostało ono zaprojektowane wspólnie z naszym prawem i ma na ogół tekst jednoznaczny z Kodeksem rodzinnym.² Natomiast prawo radzieckie (np. art. 33, 51), bułgarskie (np. art. 85, 92, 93, 94, 95), rumuńskie (np. art. 97, 98, 99, 109) mówią o „prawach rodzicielskich”³ (dwa ostatnie prawa także o „prawach i obowiązkach rodziców”), a prawo węgierskie (§ 70 i n.) — o „nadzorze rodzicielskim”. Inne argumenty przeciw „władzy rodzicielskiej”, a za „pieczę rodzicielską” przytoczył już Jagielski.⁴

II. Projekt zawiera 23 artykuły (86—108), które normują władzę rodzicielską, wobec 11 tylko artykułów (53—63) odpowiedniego działu Kodeksu rodzinnego. Wynika to stąd, że projekt konsekwentnie zbiera w jedną całość przepisy rozproszone obecnie po innych ustawach, zwłaszcza w przepisach ogólnych prawa cywilnego, w postępowaniu rodzinnym i w kodeksie postępowania cywilnego, jako też w innych działach Kodeksu rodzinnego, a ponadto wypełnia wyraźne luki czy niedomówienia, których w obowiązującym prawie rodzinnym mamy bardzo wiele.⁵ Jest to oczywiście wielkiej wagi zaleta projektu, która nie tylko ułatwi pracę sędziom, adwokatom, organom i instytucjom, stykającym się w codziennej pracy z prawem rodzinnym, lecz umożliwi także należytą orientację w tych sprawach nieprawnikom oraz sprzyjać będzie popularyzacji prawa. Obecnie, jak słusznie stwierdza uzasadnienie projektu (s. 40 i 41), „bez korzystania ze zbiorów orzecznictwa orientacja w dziedzinie naszego prawa rodzinnego jest niemożliwa”, a „Sąd Najwyższy jest faktycznym współtwórcą” tego prawa.

Uwagi powyższe mogą dotyczyć projektu jako całości. W rozważanej tu dziedzinie należy przede wszystkim podkreślić skasowanie osobnego przepisu art. 35 k.r., który przez swe ogólne ujęcie i oderwanie pozostaje w praktyce na uboczu, niemal nie zauważony, stwarza zaś znaczne trudności przy próbach wykładni harmonizującej ten przepis z postanowieniami ustawy dotyczącymi władzy rodzicielskiej.⁶ Pieczę nad osobą i majątkiem dziecka z art. 35 k.r. wymieniono — m. zd. słusznie — w art. 89 § 1⁷ jako ogólny właściwy przedmiot władzy rodzicielskiej. W tym wypadku wyjątkowo nastąpiło nawet skrócenie tekstów, gdyż krótki

¹ Ustawy powyższe będę powoływał w skrócie jako „prawo radzieckie”, „czechosłowackie” itd. (przy przytaczaniu tekstów ustaw — poza ustawą radziecką — korzystam z pracy: *Familiengesetze Sozialistischer Länder*, Veb Deutscher Zentralverlag, Berlin 1959 r.).

² Nie miałem możliwości sprawdzić, jakie stanowisko w omawianej kwestii zajmuje projekt nowego kodeksu rodzinnego CSRS.

³ O utracie „praw rodzicielskich” mówią też np. art. 44 i 49 naszego kodeksu karnego z 1932 r.

⁴ „Nowe Prawo” 1960, nr 11, s. 1470.

⁵ Wystarczy tu przytoczyć następujący charakterystyczny fakt: W 1960 r. jeden z sędziów Sądu Najwyższego, na posiedzeniu składu 7 sędziów, rozpoczął swój referat następującymi słowami: „Nasza kodyfikacja prawa rodzinnego składa się z przepisów i luk. Pierwszych jest niewiele, drugich mnóstwo.”

⁶ Por. moje usiłowania w tym względzie w Komentarzu do Kodeksu rodzinnego, Wyd. Prawnicze, wyd. II, uw. 1 do art. 35.

⁷ Artykuły podane bez wymienienia ustawy oznaczają artykuły projektu.

art. 89 § 1 ma zastąpić pierwsze zdanie art. 35 i 54 k.r. Drugie zdanie art. 35 k.r., które dotyczy wychowania *sensu largo*, zostało powtórzone bez zmiany w drugim zdaniu art. 93 § 1, a więc również ze szczęśliwszą lokatą, jeśli się zważy związek ścisły treści obu zdań: pierwszego i drugiego tegoż ostatniego przepisu.

Artykuł 54 k.r. głosi, że władza rodzicielska obejmuje „prawo i obowiązek rodziców (...)”, a art. 89 § 1 wymienia „(...) obowiązek i prawo rodziców”. A więc tylko zmiana kolejności słów, ale jakże słuszna i wymowna. Władza rodzicielska bowiem to przede wszystkim obowiązek rodziców wykonywany dla dobra dziecka i społeczeństwa (art. 89 § 2), a nie tylko prawo, które by rodzice mogli wykorzystywać pod wpływem jakichś pobudek egoistycznych. Również w art. 90 § 1 obowiązek rodziców wykonywania władzy rodzicielskiej wymieniony jest przed uprawnieniem.

W chwili obecnej art. 15 k.r. musi być stosowany także w sprawach dotyczących dzieci, co w związku z brzmieniem art. 2 § 2 post. rodz. prowadzi do tego, że sprawy te rozstrzyga nie władza opiekuńcza, lecz sąd w postępowaniu niespornym. Ponieważ wniosek ten jest nie do przyjęcia, trzeba w drodze skomplikowanej argumentacji,⁸ a wbrew jasnemu tekstowi ustawy przyjmować właściwość władzy opiekuńczej. Otóż ten wyraźny błąd ustawy projekt naprawia w ten sposób, że utrzymuje obecny art. 15 k.r. jako art. 23 i wprowadza ponadto identycznie ujęty art. 90 § 2, w myśl którego o istotnych sprawach dziecka — w braku porozumienia między rodzicami — rozstrzyga sąd opiekuńczy. Ten ostatni przepis przywróciłby stan prawny, jaki istniał już pod rządem art. 20 § 2 pr. rodz. z 1946 r., a który — wskutek przesadnej pogoni za jak najliczniejszymi skrótami — został w Kodeksie rodzinnym pominięty. Podobnie również art. 93 § 2, który zobowiązuje dziecko pozostające pod władzą rodzicielską do posłuszeństwa wobec rodziców, przywraca do życia dawny przepis art. 25 § 1 pr. rodz. z 1946 r. Obecnie — w ramach przepisów k.r. — ten obowiązek trzeba uzasadniać dopiero argumentacją wskazującą na istotę i cel władzy rodzicielskiej.⁹

Dopiero dzięki uchwale składu 7 sędziów S.N. z dn. 9 sierpnia 1952 r. (C 1188/51)¹⁰, wpisanej do księgi zasad prawnych i obejmującej niewątpliwie słuszne, lecz skomplikowane uzasadnienie, ustaliło się orzecznictwo, że sprawy o wydanie dziecka nie toczą się w procesie, choć taki właśnie wniosek każdy „niewtajemniczony” musiałby wyczytać z samego tekstu ustawy. Również i ten mankament obowiązującego prawa projekt naprawia w ten sposób, że wprowadza do art. 94 (odpowiednika art. 55 k.r.) dalsze zdanie, które nadaje rodzicom prawo zwracania się „do sądu opiekuńczego o odebranie dziecka zatrzymanego przez osobę nieuprawnioną”.

W art. 95 § 2 autorzy projektu dążą słusznie do samodzielnego unormowania ograniczeń zarządu rodziców (co do zarobku małoletnich i przedmiotów oddanych im do swobodnego użytku), które obecnie wynikają z art. 51 i 55 p.o.p.c., a po wejściu w życie Kodeksu cywilnego wynikałyby z art. 20 i 21 tego Kodeksu. Ponieważ ten Kodeks oraz omawiany tu Kodeks rodzinny i opiekuńczy mają wejść w życie jednocześnie, przeto zagadnienie prawidłowości tekstu art. 95 § 2 należy oceniać w zestawieniu z art. 20 i 21 projektu kodeksu cywilnego. Otóż mogą tu powstawać wątpliwości, które zresztą należy rozpatrzyć na szerszym tle, gdyż dotyczą również wielu innych przepisów projektu z wszystkich jego dzia-

⁸ Por. Breyer i Gross w cyt. wyżej Komentarzu, uw. 3 do art. 15.

⁹ Por. moją uw. 2 do art. 54 w Komentarzu.

¹⁰ OSN 1953, poz. 32.

łów. Dopóki mamy przepisy ogólne prawa cywilnego jako osobną ustawę, to jest rzeczą jasną, że przepisy te stosują się także do spraw rodzinnych (a więc np., że art. 51 i 55 tych przepisów ograniczają zarząd rodziców¹¹). Zupełnie inna jednak będzie sytuacja z chwilą zniknięcia tej osobnej ustawy i pochłonięcia jej tematyki przez kodeks cywilny. Kodeks ten w żadnym ze swoich przepisów (por. zwłaszcza art. 1) nie wskazuje na własny uniwersalizm w stosunku do innych odrębnych gałęzi prawa, jaką m.i. ma stanowić nasze prawo rodzinne. Z drugiej strony omawiany projekt nie jest kodyfikacją samowystarczalną, która nie byłaby skazana na ciągłe sięganie do przepisów i instytucji kodeksu cywilnego (jeśli chodzi np. o pełnomocnictwo, czynności prawne, wady oświadczenia woli, terminy, przedawnienie, uznanie za zmarłego i szereg innych). Projekt powinien by więc zawierać jakieś odesłanie (ujęte ogólnie) do przepisów kodeksu cywilnego. Oczywiście doszłoby się do tego samego wniosku w drodze rozumowania *per analogiam* czy też w drodze innego rodzaju wykładni.

Przy tworzeniu jednak nowej kodyfikacji świadome pozostawianie tak istotnych luk nie wydaje się chyba pożądane, zwłaszcza jeśli się dąży do stworzenia prawa jasnego i zrozumiałego także dla nieprawników. Na szersze wywody w tym zakresie nie ma tu miejsca, ale można stwierdzić, że art. 95 § 2 stanowi właśnie przykład niejasności i nieporozumień, jakie mogą powstawać w braku odesłania ogólnego i ewentualnych dalszych uzupełnień szczegółowych. W braku odesłania lub takiego ewentualnego uzupełnienia, które by czyniło przepis samowystarczalnym, tekst art. 95 § 2 stwarzały pokusę do wykładni niewątpliwie niezgodnej z intencjami autorów projektu. W szczególności wydawałoby się, że chodzi o zarobek każdego dziecka, a więc również i tego, które nie ukończywszy lat 14, nie ma ograniczonej zdolności do czynności prawnych i — podobnie — że chodzi o przedmioty oddane dziecku do swobodnego użytku przez kogokolwiek, gdy tymczasem, przy odpowiednim zastosowaniu art. 20 i 21 k.c., mogłoby chodzić tylko o dzieci po ukończeniu przez nie 14 lat (i to tylko o tyle, o ile co do zarobku „sąd opiekuńczy z ważnych powodów inaczej nie postanowi”) oraz o przedmioty oddane do swobodnego użytku przez rodziców czy ewentualnie przez innego poprzedniego przedstawiciela ustawowego.

Jeśli chodzi o lokatę, to art. 96 słusznie w tym właśnie miejscu normuje tematykę, której obecnie dotyczy art. 21 post. rodz., a art. 99 słusznie recypuje — w dużym skrócie — obecny art. 20 post. rodz. Czy te przepisy, a także art. 100 (odpowiednik art. 59 k.r.) są konieczne, może być wątpliwe, ale o tym będzie mowa dopiero w punkcie następnym.

Artykuł 101 § 1 stanowi odpowiednik obecnego art. 437 k.p.c., a paragraf 2 tego artykułu powtarza w skrócie art. 19 post. rodz.

Artykuł 104 uzupełnia (recypowany poza tym) art. 60 k.r. przez stwierdzenie wyraźne, że sąd opiekuńczy może „zarządzić umieszczenie dziecka w zakładzie wychowawczym na koszt osoby obowiązanej do dostarczania dziecku środków utrzymania i wychowania.” Jakkolwiek również i obecnie przyjmuje się dopuszczalność wydania zarządzenia co do umieszczenia dziecka w zakładzie wychowawczym¹², to jednak słusznie Uzasadnienie (s. 49) podnosi, że wymienienie tej możliwości „jest potrzebne ze względu na drastyczność tego środka oraz celem ustalenia, że koszty pobytu w zakładzie obciążają osobę obowiązaną do utrzy-

¹¹ Por. moją uwagę 3 do art. 58 w Komentarzu.

¹² Tamże, uw. 2 do art. 60.

mania dziecka", co dotychczas nie było wyraźnie rozstrzygnięte i utrudniało ściąganie kosztów.

Artykuł 105 § 2 przewiduje wyraźnie uchylenie zawieszenia władzy rodzicielskiej, którego dopuszczalność przyjmowało się dotychczas w drodze wykładni.¹³ To samo dotyczy odpowiednio art. 106 § 2. O tym, że władza opiekuńcza może przywrócić władzę rodzicielską, można obecnie dowiedzieć się tylko pośrednio z proceduralnego przepisu art. 24 post. rodz., który wymienia m. i. postanowienie w sprawach o „przywrócenie rodzicom władzy rodzicielskiej”.

Artykuł 107 przynosi na właściwe miejsce obecny art. 438 k.p.c., przy czym uzupełnia ten przepis wymienieniem także zawieszenia władzy rodzicielskiej.

Artykuł 87 § 2 zd. drugie, w myśl którego „sąd opiekuńczy może ojcu przyznać władzę rodzicielską także po ustaleniu ojcostwa”, nie wprowadza jakiejś „nowości”, lecz jedynie wyjaśnia stan prawny, który przyjmowaliśmy dotychczas w drodze wykładni także *de lege lata*.¹⁴ Artykuł 88 § 2 daje też tylko jasne sformułowanie, natomiast nie zmienia sytuacji prawnej, która wynika obecnie z art. 56 § 1 i 3 k.r. Wreszcie art. 103 nadaje właściwą lokatę postanowieniu zawartemu obecnie w art. 9 § 2 zd. trzecie p.o.p.c.

III. Z podanego wyżej zestawienia wynika, jak wielka i celowa praca została wykonana przez autorów projektu, którzy dążyli do tego, by dać właściwą systematykę, jasność i zupełność ustawy. Mimo jednak tego, że jestem zwolennikiem dokładnego unormowania w przyszłym kodeksie zagadnień z zakresu prawa rodzinnego, mam — jak już wyżej zaznaczyłem — wątpliwości co do tego, czy trzy przepisy, a mianowicie art. 96, 99 i 100, są rzeczywiście potrzebne i czy nie powinny by raczej ulec skreśleniu.

Władza rodzicielska obejmuje pieczę „nad osobą i majątkiem” dziecka (art. 89 § 1). Szczególnie w ustroju socjalistycznym piecza nad osobą ma znaczenie hierarchicznie nadrzędne, i to w wysokim stopniu w stosunku do pieczy „nad majątkiem”. Najważniejsze zadanie rodziców to wychowanie dziecka, a w szczególności przygotowanie go „należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień” (art. 93 § 1). Właśnie ta przyszła praca dziecka będzie przede wszystkim decydować o świadczeniach, jakie dziecko będzie otrzymywać, i o jego sytuacji, a nie jego majątek, który jako element „startu życiowego” traci coraz bardziej na znaczeniu w miarę następowania przemian społeczno-gospodarczych, realizujących — w myśl wytycznej art. 14 ust. 3 Konstytucji — coraz pełniej zasadę: „Od każdego według jego zdolności, każdemu według jego pracy”. Nie ma tu miejsca na szersze omówienie problemu, lecz wydaje mi się, że przepisy projektu wykazują pewien przerost w zakresie ilości dyspozycji dotyczących ochrony majątku dzieci, a niekiedy jak by pewną niekonsekwencję.

Prawo radzieckie zaledwie w jednym artykule (43) stwierdza ogólnie, że ochrona „majątkowych interesów dzieci małoletnich ciąży na rodzicach”, a w art. 53 odsyła do przepisów „Kodeksu agrarnego”, jeśli chodzi o „prawa rodziców i dzieci w stosunku do majątku zagrody chłopskiej”. Ewentualny argument, że Związek Radziecki znajduje się na innym etapie rozwoju, można osłabić stwierdzeniem, że prawo radzieckie, które tu mam na względzie, pochodzi z 1926 r.

Czechosłowacja — ze względu na identyczny tekst ustawy — ma w § 59 (tak jak my w art. 59 k.r.) odpowiednik art. 100 naszego projektu, nie wprowadziła jednak w swej ustawie z dn. 25 października 1950 r. o postępowaniu w sprawach

¹³ Tamże, uw. 1 do art. 61.

¹⁴ Tamże, uw. 3 do art. 56. Por. też Ignatowicz w artykule w NP 1950, nr 12, s. 48.

cywilnych¹⁵ odpowiednika naszych art. 20 i 21 post. rodz., recypowanych w art. 99 i 96 projektu.

Prawo bułgarskie też bardzo krótko ujmuje sprawę zarządu rodziców majątkiem dziecka w trzech artykułach (art. 87—89), z których żaden nie stanowi odpowiednika art. 96, 99 i 100 naszego projektu.

Więcej uwagi zarządowi majątkiem dziecka poświęca prawo rumuńskie, które jednak również nie zawiera przepisów odpowiadających cytowanym wyżej postanowieniom projektu.

Wreszcie najwięcej dyspozycji w omawianym zakresie obejmuje prawo węgierskie. W § 83 tego prawa znajdujemy odpowiednik art. 100, a w § 80 (3) przewidziany jest obowiązek rodziców przedstawienia władzy opiekuńczej zestawienia majątku dzieci, po czym władza opiekuńcza zarządza sporządzenie inwentarza przez „osobę urzędową”. Odmiennie niż w art. 99, dzieje się to jednak w każdym wypadku, a więc również wtedy, gdy zarząd sprawują oboje rodzice. Odpowiednika art. 96 prawo węgierskie nie obejmuje.

Zresztą z przyczyn poprzednio już naszkicowanych nie prawo węgierskie, przesadnie w omawianym zakresie kazuistyczne i wymagające, należy m. zd. naśladować, lecz raczej prawa innych krajów socjalistycznych, które już od dawna (najpóźniejsze z nich prawo rumuńskie wydane zostało w 1953 r.) sprawie zarządu majątkiem dziecka poświęcają znacznie mniej przepisów. Wymaga tego zachowanie właściwych proporcji i wydziwku naszego przyszłego prawa rodzinnego, z uwzględnieniem przy tym faktu, że kodyfikujemy to prawo znacznie później i że chcemy zachować jego aktualność w przyszłości, w której wszakże takie sprawy majątkowe dzieci, o jakich tu mowa, byłyby chyba białymi krukami, a przepisy dotyczące takich spraw mogłyby być uważane za przejaw anachronizmu. Już dziś zresztą zdarzają się one zapewne niezwykle rzadko. Wśród dziesiątków tysięcy sądowych spraw cywilnych, z którymi się zetknąłem, nie spotkałem ani jednej sprawy, w której mogłyby mieć zastosowanie przepisy odpowiadające art. 96, 99 i 100 projektu.

Charakterystyczne jest również i to, że nie odkryłem także w tej dziedzinie żadnego opublikowanego orzeczenia, a z wypowiedzi doktrynalnych tylko jedną jedyną, Witeckiego, poruszającą jeszcze w 1946 r. (wkrótce po wejściu w życie prawa rodzinnego z 1946 r.¹⁶) czysto teoretyczne zagadnienia, jakie by — w pewnej części — mogły ewentualnie powstać na tle art. 96 projektu.

Przed ostateczną decyzją co do losów omawianych artykułów można by zresztą postarać się o statystykę spraw z art. 59 k.r. oraz art. 20 i 21 post. rodz. Wydaje mi się, że chodzi tu o przepisy praktycznie raczej „martwe” i dlatego przejmowanie ich w projekcie uważam za nieaktualne także z tego powodu.

Artykuł 100 jest niepotrzebny zresztą również dlatego, że obowiązek oddania majątku dziecku lub jego przedstawicielowi ustawowemu po ustaniu zarządu jest oczywisty i nie wymaga istnienia wyraźnego przepisu, a obowiązek „złożenia rachunku z zarządu”, który nie ma dotyczyć dochodów, nie miałby większej wartości praktycznej; poza tym dałby się on wydedukować z zasad ogólnych.

Rację prawną art. 99 może stanowić tylko taka myśl, że zarządzanie majątkiem dziecka przez jedno tylko z rodziców może nie dawać dostatecznych gwarancji. Nie bardzo wydaje się to konsekwentne, skoro jednocześnie jednemu rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską okazuje się w zasadzie nieograniczone zaufanie wtedy, gdy sprawuje on o tyle ważniejszą „pieczę nad osobą” dziecka

¹⁵ Tekst jednolity według obw. Min. Spraw. z dn. 24.XI.1959 r.

¹⁶ PiP z 1946 r., nr 11, s. 149.

i decyduje o tak ważnych sprawach, jak np. wybór szkoły, organizacji młodzieżowej, przyszłego zawodu dziecka, jego miejsca pobytu itp. Interwencja sądu opiekuńczego w tych sprawach wchodzi w grę dopiero wtedy, gdy „dobro dziecka jest zagrożone wskutek nie należytego wykonywania władzy rodzicielskiej”. Można by nawet ewentualnie iść tak daleko, by dopatrywać się pewnej niekonsekwencji nawet w tym, że w mniej ważnych sprawach dotyczących majątku dziecka rodzice „nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu” (art. 97), podczas gdy w sprawach z zakresu pieczy nad osobą dziecka takie uprzednie zezwolenie nigdy nie jest wymagane — poza oczywiście wyjątkową sytuacją poddania rodziców ograniczeniom, jakim podlega opiekun (art. 103 i 104), w którym to wypadku rodzice musieliby uzyskiwać takie zezwolenie także „we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby (...) małoletniego” (art. 147). Osobiście nie „atakowałbym” jednak art. 97, natomiast wydaje mi się, że powinno się skreślić art. 96, 99 i 100 projektu.

IV. W dotychczasowych rozważaniach mowa była przeważnie o takich nowych przepisach, które w istocie rzeczy nie zmieniają obecnego stanu prawnego, lecz tylko jasno i z właściwą lokatą rozstrzygają w precyzyjnych przepisach projektu zagadnienia, które dotychczas były wyjaśniane bądź w przepisach rozproszonych po różnych ustawach, bądź tylko w drodze nieraz bardzo trudnej wykładni przyjętej w doktrynie i orzecznictwie. Nie omawiam natomiast wcale tych postanowień projektu, które są powtórzeniem — niekiedy z nieistotnymi korekturami redakcyjnymi — przepisów Kodeksu rodzinnego. Pozostaje zatem tylko „rzecz ostatnia, lecz nie najmniejsza”, a mianowicie omówienie tych przepisów, które wprowadziłyby istotne, merytoryczne zmiany w stosunku do obecnej rzeczywistości prawnej.

Do mniej ważkich należy zmiana (w stosunku do art. 57 § 2 k.r.) wprowadzona przez art. 91 § 2 pkt 2, polegająca na tym, że żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka także przy tych czynnościach prawnych, które są zawierane między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem.

Najważniejsze jednak zmiany zawarte są w art. 101 i 102 projektu. Pierwszy z nich wprowadza unormowanie władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem w wyroku orzekającym rozwód (art. 54) odmienne od tego, jakie wynika z art. 437 k.p.c., a ponadto każe stosować te same zasady przy unieważnieniu małżeństwa, do czego obecnie art. 437 k.p.c. nie stosuje się bezpośrednio.¹⁷ W art. zaś 102 projektodawcy przewidują ewentualność identycznych rozstrzygnięć, „jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom nie pozostającym ze sobą w związku małżeńskim” (§ 1) lub „odpowiednio w wypadku, gdy rodzice pozostają ze sobą w związku małżeńskim, lecz żyją w rozłączeniu” (§ 2). Uzasadnienie projektu (s. 49) stwierdza, że chodzi tu o zmianę najważniejszą „zaaprobowaną przez dyskusję publiczną” i że „odmienne stanowisko kodeksu z 1950 roku okazało się niezdolne i szkodliwe dla dzieci”.

Różnica zasadnicza między dyspozycjami art. 101 i 102 polega na tym, że w wypadku art. 101 sąd (procesowy) „musi” postąpić w sposób w przepisie tym wskazany, gdy tymczasem w myśl art. 102 sąd opiekuńczy „może” jedynie wydać identyczne rozstrzygnięcia, co oczywiście nie oznacza dowolności decyzji sądu, lecz wskazuje na konieczność uwzględnienia wszelkich okoliczności sprawy i wydania rozstrzygnięcia takiego, jakiego wymaga dobro dziecka. O tym, że tekst obu artykułów w istotnej części nie wydaje się szczęśliwy, będę jeszcze mówił niżej. Tu chciałbym tylko stwierdzić, że stworzenie możliwości unormowania władzy

¹⁷ Wiszniewski w Komentarzu, uw. 3 do art. 13.

rodzicielskiej w wypadku separacji faktycznej rodziców w taki sam sposób, jak w wypadku orzeczenia rozwodu, stanowi w zasadzie innowację bardzo szczęśliwą. Dotychczasowe traktowanie takiej separacji w ustawie *per non est* prowadziło niewątpliwie do wyników ujemnych, skoro m.i. zapewniało obojgu rodzicom zachowanie władzy rodzicielskiej. Sąd Najwyższy stwierdzał w wytycznych z dn. 6 grudnia 1952 r.¹⁸ dotyczących ustalenia ojcostwa, że prawidłowe wykonywanie władzy rodzicielskiej obojga rodziców uzależnione jest od harmonijnego ich współdziałania dla dobra dziecka i że „wyrazem takiego właśnie poglądu ustawodawcy kodeksu rodzinnego jest art. 437 k.p.c.” Słusznie również podkreśla Wiszniewski,¹⁹ że „prawidłowe sprawowanie władzy rodzicielskiej wspólnie przez oboje rodziców jest z reguły uwarunkowane harmonijnym ich pożyciem, a co najmniej — jeśli nie są małżonkami — poprawnymi stosunkami między nimi.” Otóż w wypadku separacji stosunki między małżonkami bardzo często są wysoce napięte, co z kolei utrudnia podejmowanie właściwych decyzji w sprawach dzieci i tym samym zagraża ich dobru.

Wydaje mi się też uzasadnione (proponowane w art. 102 § 1) zastosowanie tych samych zasad do władzy rodzicielskiej rodziców niemających małżonków i w tej kwestii nie podzielam krytycznej oceny tego przepisu, a raczej równobrzmiącego z nim przepisu art. 953 § 1 projektu kodeksu cywilnego z 1960 r., jakiej dokonał Jagielski.²⁰ Sądzę, że proponowane przez tego autora powierzenie „z mocy samego prawa wykonywania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem pozamałżeńskim” matce z zastrzeżeniem ojcu „prawa i obowiązku nadzorowania wychowania dziecka i utrzymywania z nim stosunków osobistych” — byłoby pewnym krokiem wstecz w ewolucji stanowiska naszego prawa rodzinnego wobec dzieci pozamałżeńskich, krokiem nie uzasadnionym ani teoretycznie, ani doświadczeniami praktyki. Władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, którzy nie pozostają ze sobą w związku małżeńskim, najczęściej w wypadku uznania dziecka. Uznający pozostaje nieraz w zupełnie harmonijnych stosunkach (niejednokrotnie: w faktycznym długotrwałym związku) z matką dziecka. Dobrowolne uznanie dziecka świadczyć też może o pozytywnym ustosunkowaniu się ojca tak wobec dziecka, jak i jego matki. Nie ma więc podstaw do generalnego przyjmowania reguły, że między rodzicami dziecka uznanego nie mogą być podejmowane uzgodnione i korzystne zarazem z punktu widzenia dobra dziecka decyzje. Jeżeli okaże się, że powstają pewne trudności w tym względzie, to właśnie art. 102 § 1 pozwoliłby temu złu zaradzić.

Podobnie — *mutatis mutandis* — przedstawiałaby się sprawa w razie przyznania ojcu władzy rodzicielskiej w wyroku ustalającym ojcostwo lub później — orzeczeniem sądu opiekuńczego. Cytowane już wyżej wytyczne Sądu Najwyższego w zakresie sądowego ustalenia ojcostwa, które zachowałyby pełną aktualność pod rządem art. 86, obwarowują takie przyznanie władzy szeregiem warunków, m.i. tym, by stosunki osobiste rodziców nie były „zadrażnione”. W praktyce przyznanie władzy rodzicielskiej ojcu, którego ojcostwo zostało ustalone wyrokiem sądowym, należy do wyjątków usprawiedliwionych szczególnymi okolicznościami, które uzasadniają wniosek, że sprawowanie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem przez oboje rodziców będzie zgodne z jego dobrem. Jeżeli jednak przewidywania sądu się nie spełnią, to znowu zastosowanie art. 102 § 1 usunie niebezpieczeństwo, jakie by mogło zagrażać dobru dziecka.

¹⁸ OSN 1953, poz. 31.

¹⁹ W Komentarzu, uw. 2 do art. 32.

²⁰ Op. cit., s. 1471—1473 (zob. przyp. 4).

Użycie w art. 102 określeń identycznych z tymi, którymi operuje art. 101, sprawia, że zwiększa się przez to znacznie liczbę wypadków, w których sąd powierzałby „wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego z nich do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka”, tym samym więc rośnie w wysokim stopniu waga zagadnienia, czy wynikające z tych określeń dyspozycje mogą być uznane za szczęśliwe. Odpowiedź na to jest przecząca. Unormowanie w art. 101 i 102 powinno być — jak wynika z powyższych rozważań — jednolite, ale inne.

Art. 101 jest swego rodzaju odpowiednikiem art. 437 k.p.c. i częściowo jest z nim zbieżny. Wyłania się w szczególności w obu wypadkach to samo pytanie, a mianowicie, jakie są uprawnienia (i obowiązki) małżonka, któremu nie powierzono wykonywania władzy rodzicielskiej. Krzemiński i Żywicki w swej pracy pt. „Rozwód”²¹ stwierdzają m.i., że „dotychczas istnieje tylko bardzo nieliczne i fragmentaryczne orzecznictwo S.N. dotyczące uprawnień rozwiedzionego małżonka, któremu nie powierzono wykonywania władzy rodzicielskiej. Brak jest także opracowania tego tematu w komentarzach do k.r., a jedynie obszerniejsze opracowanie zagadnienia zawarte jest w głosie (mojej — przyp. mój B. D.) do orz. S.N. z dn. 9.V.1958 r. 3 Cr 4/58”.²²

W głosie tej oceniłem bardzo krytycznie przepis art. 437 k.p.c. oraz poczyniłem szereg uwag *de lege ferenda*, a w szczególności — w trybie swego rodzaju antycypacji — starałem się przeciwstawić temu sposobowi unormowania zagadnienia sposób, jaki właśnie został przyjęty w art. 101, a który — *sit venia verbo* — uważam za jeszcze mniej fortunny niż obecnie obowiązujący. Moja glosa nie spotkała się z żadną polemiką. Jeśli chodzi o praktykę sądową, to zarówno przedtem, jak i dziś nie traktuje ona widocznie „uprawnień drugiego z rodziców” z art. 437 k.p.c. jako składników wykonywania władzy rodzicielskiej, a więc aprobeje *implicitie* stanowisko, które przedstawiłem w głosie. Ostatnio miałem okazję przekonać się, że w niektórych orzeczeniach rozwodowych (np. Sądu Wojewódzkiego dla m. st. Warszawy) sądy używają — zamiast skrytykowanego w mej głosie ustawowego słowa „nadzór” — użytego przeze mnie określenia: „wgląd w wychowanie dziecka” przez byłego współmałżonka. Ponieważ sam też nie zmieniłem swych zapatrywań, przeto muszę tu powołać się w całości na cytowaną wyżej glosę, w przeciwnym bowiem razie musiałbym szereg stron poświęcić na dosłowne powtarzanie mego poprzedniego obszernego elaboratu. Oczywiście pewne powtórzenia będą mimo wszystko konieczne, a to w związku z dalszą uzupełniającą argumentacją i tekstem omawianego przepisu projektu oraz w celu szczególnego podkreślenia momentów najistotniejszych.

Artykuł 101 podtrzymuje nadal rozszczępienie między powierzeniem wykonywania władzy rodzicielskiej a władzą rodzicielską jako taką. To stanowisko budzi stanowczy sprzeciw. Kto ma władzę rodzicielską, ten jest obowiązany (i uprawniony) do jej wykonywania, co obecnie podkreśla wyraźnie art. 90 § 1 projektu. Gdyby zobowiązany tego obowiązku nie spełniał, to sąd opiekuńczy musiałby wyciągnąć stąd konsekwencje aż do pozbawienia władzy rodzicielskiej włącznie (art. 104 i 106). Nie ma też celu powierzenie przez sąd rodzicom (czy jednemu z nich) wykonywania władzy rodzicielskiej, bo takie powierzenie wynika już z przepisów ustawy i z natury rzeczy. Czytając pierwszą część zdania w art. 101 § 1 (do przecinka), dowiadujemy się, że „sąd powierza wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z małżonków”. Byłyby tu chyba wszelkie logiczne przesłan-

²¹ Wyd. Prawnicze, 1961, s. 85 i 86.

²² OSPiKA 1959, z. 1, s. 25 i n.

ki do wnioskowania *a contrario*, że tego wykonywania sąd nie powierza drugiemu małżonkowi, który władzy rodzicielskiej nie może wobec tego wykonywać, a więc jej widocznie nie ma. Tymczasem z dalszej części zdania tegoż art. 101 § 1 wynika, że drugi rodzic ma władzę rodzicielską, aczkolwiek ograniczoną. Nasuwa się pytanie, czy w tym ograniczonym zakresie ma on tylko *nudum nomen potestatis paternae* (co byłoby niecelowe i trudne do przyjęcia), czy też w tych ramach ma on również obowiązek i prawo wykonywania władzy rodzicielskiej. Przypuszczam, że autorzy projektu mieli na myśli tę drugą ewentualność, ale tylko przypuszczam (Uzasadnienie projektu w ogóle ten problem pomija), gdyż nie umiem sobie wyjaśnić, dlaczego w takim razie przepis nie mówi wyraźnie, że jedno z rodziców ma władzę rodzicielską (oczywiście normalną, pełną), a drugie tylko w ograniczonym zakresie, albo też jeżeli z niepotrzebnego m. zd. powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej nie chciano zrezygnować, to dlaczego przepis nie stanowi, że jednemu z rodziców powierza się wykonywanie tej władzy w pełni, a drugiemu w ograniczonym zasięgu. Przepis wskazuje wszakże wyraźnie na jakieś przeciwstawienie powierzenia wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców — samej tej władzy (bez wykonywania) w ręku drugiego rodzica. Stawiam tylko retoryczne pytanie, czy tak ujęty przepis spełnia postulat jasności i szerszej dostępności, o czym była już mowa poprzednio.

Również niefortunny przepis art. 21 § 3 pr. rodz. z 1946 r. był mimo wszystko w pewnym zakresie poprawniejszy, gdy mówił, że „władza rodzicielska (nie jej wykonywanie — przyp. mój B. D.) ogranicza się do uprawnień ustalonych w orzeczeniu sądowym”. Pyrrusowe osiągnięcie oznaczało m. zd. wprowadzenie w art. 437 k.p.c. podziału na powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej i samą władzę rodzicielską, a że koncepcje legislacyjne — nawet nieudane, jak uczy doświadczenie kodyfikacyjne — mają szczególnie trwałe życie, więc dlatego tak trudno nam widocznie z tym podziałem zerwać. Ale chyba jest to konieczne. Podkreślę, że takiego podziału nie zna żadne z praw socjalistycznych, które tu uwzględniam, ani też żadne inne znane mi prawo.

Pogorszenie sytuacji pod rządem art. 101 w stosunku do stanu prawnego wynikającego z art. 437 k.p.c. polegałoby na tym, że art. 101 mówi wyraźnie o władzy rodzicielskiej drugiego z rodziców, wobec czego nie można by już znaleźć wyjścia w takim wytlumaczeniu znaczenia przepisu, jakie podałem w głosie, i powstałyby niejasności oraz niekonsekwencje już wręcz nieusuwalne. Poza tym art. 437 k.p.c. podaje przynajmniej (choć niefortunnie) kierunek, w jakim mają iść określone przez sąd uprawnienia drugiego z rodziców (nadзор nad wychowaniem i stosunki osobiste z dzieckiem). Artykuł 101 przerzuca na sąd wszystko to, co z natury rzeczy w formie choćby ogólnej jest rzeczą ustawodawcy. Jestem pewien, że pod rządem art. 101 sądy wymyśliłyby same (z konieczności) jakąś ogólną formułkę dotyczącą nadal nadzoru nad wychowaniem czy wglądu w stosunki osobiste i posługiwałyby się tą formułką stereotypowo. Mamy przecież pod tym względem doświadczenie. Od 1946 roku począwszy sądy obowiązane są precyzować konkretnie, a nie w postaci ogólnikowego powtórzenia słów ustawy, uprawnienia drugiego z rodziców, a mimo to nie czynią tego. Nie postępuje inaczej również Izba Cywilna Sądu Najwyższego, gdy sama udziela rozvodu (art. 386 k.p.c.), i nie poprawia też w tym zakresie nigdy orzeczeń sądów niższych, choć idzie tu przecież o prawo materialne, którego naruszenie sąd rewizyjny powinien uwzględniać z urzędu. Jeżeli uwzględnimy szczególnie wysoki poziom orzecznictwa Izby Cywilnej, to zrozumiemy, że powyższe postępowanie jest skutkiem nie nadającego się do realizacji tekstu ustawy, którym nie da się przewyciężyć zasady: *ad impossibilia nemo (neque iudex) tenetur*.

W głosie pisałem obszernie o tym wszystkim, a m. i. także o tym, że ograniczenie władzy rodzicielskiej praktycznie daje się ująć tylko w ten sposób, iż eliminuje się pewne obowiązki (i uprawnienia), które — w braku ograniczenia — wchodziłyby w zakres tej władzy. Natomiast ograniczenie pozytywne przez sprecyzowane wyliczenie tego, co danemu rodzicowi „wolno” (a nie, czego „nie wolno”), jest z reguły niemal niemożliwe wobec bogactwa sytuacji życiowych, przekraczającego z reguły ramy nawet jak najśmielszych przewidywań. Tu dodam jeszcze, że pojęciowo ograniczenie wchodzi w grę tylko w stosunku do jakiegoś określonego ustawowo zespołu obowiązków i uprawnień — jako eliminacja niektórych z nich, natomiast to, co przewiduje art. 101, stanowiłoby w istocie jakieś nadawanie przez sąd swego rodzaju sądowej władzy rodzicielskiej, dla którego ustawywsy zasięg tej władzy stwarzałyby tylko limit maksymalny (przy zupełnym braku minimalnego).

Proponuję, by Czytelnicy zechcieli w tym miejscu przerwać na chwilę czytanie mego artykułu i pomyśleli trochę, jak czuliby się w roli sędziego, który miałby serio potraktować art. 101 przy udzielaniu rozvodu i jak przykładowo wyobraziłoby sobie brzmienie sentencji paru orzeczeń z tego zakresu. Mam nadzieję, że po takim krótkim nawet namyśle nie tylko praktycy, ale zapewne i teoretycy podzielą chyba w przeważającej większości — choćby w zasadzie — moje zastrzeżenia.

Jeżeli wyjątkowo nasze rodzime koncepcje właśnie w omawianej dziedzinie (stanowiące unikat wśród innych ustawodawstw) nam się nie udały, życie zaś i sądy przeszły nad nimi częściowo do porządku dziennego, to dlaczego nie mielibyśmy sięgnąć do wzorów innych państw socjalistycznych. Tak więc prawo bułgarskie (art. 54) i prawo rumuńskie (art. 42 i 43) przewidują pełnienie — po rozwodzie — władzy rodzicielskiej przez jednego tylko z byłych małżonków. Do tego samego wyniku dochodzi — na tle oryginalnej koncepcji — prawo węgierskie (§ 72, 76, 78, 85, 92 c), które m. i. przewiduje zawieszenie czy spoczywanie rodzicielskiego nadzoru, gdy pełni go drugi rodzic żyjący osobno. Prawo rumuńskie, najbardziej — jak mi się wydaje — precyzyjne w tym zakresie, obejmuje ciekawy przepis art. 43 (zd. ostatnie), który udatnie realizuje to, co w myśl moich powyższych wywodów jest obowiązkiem ustawodawcy, a mianowicie precyzyjne uprawnienia rodzica, któremu dziecka nie powierzono, w następujący sposób: „Rozwiedziony rodzic, któremu dziecka nie powierzono, zachowuje prawo utrzymywania z nim stosunków osobistych, jako też czuwania nad jego pomyślnym rozwojem, wychowaniem, nauką i wykształceniem zawodowym”. Można mieć takie czy inne projekty co do korektury tak ujętego przepisu, jednakże nie można mu odmówić precyzji i atrakcyjności oraz zrozumiałości.

Sądzę, że — podobnie jak w prawie rumuńskim — należałoby ująć odpowiednie dyspozycje w naszym kodeksie. Nie mogę oczywiście w ramach jednego artykułu wyczerpać całej problematyki, która nadawałaby się nawet do dość obszernej monografii. Na zakończenie więc powołuję się jeszcze raz na uzasadnienie zawarte w mej głosie i w związku z przytoczonymi wyżej wywodami konkluduję:

1) władza rodzicielska w sytuacjach przewidzianych w art. 101 i 102 (jeżeli zastosowanie tego ostatniego przepisu będzie uzasadnione okolicznościami sprawy) powinna być sprawowana przez jedno tylko z rodziców. W wyjątkowych wypadkach, w których harmonijne współdziałanie rodziców w zakresie pieczy nad dzieckiem byłoby zapewnione także po rozwodzie (czy unieważnieniu małżeństwa), władza rodzicielska mogłaby być sprawowana przez oboje rodziców;

2) zakres obowiązków i uprawnień drugiego rodzica, który nie sprawuje władzy rodzicielskiej w sytuacjach przewidzianych w art. 101 i 102, powinien być wytyczony w samej ustawie (jak np. w art. 43 prawa rumuńskiego);

3) ewentualne ograniczenia władzy rodzicielskiej jednego z rodziców mogłyby polegać tylko na eliminacji pewnych obowiązków i praw spośród tych, które poza tym wynikają z samej ustawy.

ZDZISŁAW PAPIERKOWSKI

Projekt kodeksu karnego

Niektóre zagadnienia z dziedziny kary

W artykule niniejszym pragnę poruszyć pewne kwestie wyłaniające się na tle niektórych przepisów projektu dotyczących kary pozbawienia wolności, wymiaru kary w ogóle, wymiaru kary w razie zbiegu przestępstw i zbiegu ustaw, warunkowego zawieszenia wykonania kary, a także — *last not least* — kary śmierci.

1. Jakkolwiek projekt przewiduje w przepisie art. 12 dwie kategorie przestępstwa (zbrodnię i występki), to jednak w dziedzinie kary pozbawienia wolności nie wysnuwa z tego konsekwencji w postaci również dwu oddzielnych kategorii tejże kary. Przepis art. 39 projektu wspomina o jednolitej karze „pozbawienia wolności”. Wprawdzie dalsze przepisy projektu (art. 42 i 43) operują pojęciem więzienia i aresztu, jednakże ma to charakter nie zasadniczej kreacji dwu rodzajów kary pozbawienia wolności, lecz raczej cechę przepisu z dziedziny kodeksu karnego wykonawczego lub regulaminu zakładu karnego. Ostatecznie nie traktuję tej sprawy dogmatycznie, sądzę jednak, że nie zatracając wiekowego dorobku teorii i praktyki prawa karnego, należałoby wprowadzić w art. 39 projektu dwa rodzaje kary pozbawienia wolności, mianowicie więzienie i areszt, jako odpowiedniki przestępstwa ciężkiego i lekkiego (zbrodni i występkę) oraz winy umyślnej i nieumyślnej. Tu nie chodzi o to, że jedna z tych kar ma być hańbiąca, a druga niehańbiąca, ani też o to, że hańbi nie kara, lecz przestępstwo. Zagadnienie polega na tym, że przepis zasadniczy (a nie wykonawczy) promulgujący rodzaje kar powinien stwierdzić, iż inny ma być charakter pozbawienia wolności jako represji za zamach na ważne dobra zbiorowości lub jednostki, a inny jako odpłaty za naruszenie drobniejszych interesów.

2. Jeśli chodzi o art. 58 projektu,¹ to przepisy § 1 i 2 są zupełnie trafne.

Przepis § 3 jest niepotrzebny, gdyż to, o czym on mówi, jest oczywiste, a więc nie potrzebuje poparcia *expressis verbis*. Co się zaś tyczy przepisu § 4, to jeśli prawdą jest, że kara odbywana w warunkach urzędzeń penitencjarnych wycho-

¹ „Art. 58 § 1. Sąd wymierza karę według swego uznania w granicach ustawowego wymiaru przewidzianego za dane przestępstwo, uwzględniając okoliczności obciążające i łagodzące.

§ 2. Wymierzając karę sąd bierze pod uwagę przede wszystkim stopień zawinienia sprawcy i stopień szkodliwości czynu, uwzględniając pobudki, cel i sposób działania oraz stosunek do pokrzywdzonego, jak również właściwości i warunki osobiste sprawcy, jego sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu.

§ 3. Wymierzając karę sąd nie uwzględnia jako obciążających tych okoliczności, których sprawca nie mógł przewidzieć”.